



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 20 (2016), pp. 98-116

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2016.20.0.1915>

LAS VICISITUDES DE LA CONTINGENCIA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO
*Magistrado Especialista de la Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Doctor en Derecho*

Fecha de recepción: 30.6.2016

Fecha de aceptación: 28.7.2016

Resumen: La enfermedad tiene tres vías para configurar una contingencia profesional: la enfermedad profesional propiamente dicha, la enfermedad del trabajo y la agravación de dolencias preexistentes. Este artículo se centra en la primera de esas vías, de tal forma que trata de ofrecerse una visión general de la institución y, en particular, plantear los problemas que se originan en orden a la fecha de su hecho causante, la responsabilidad de la entidad aseguradora y la definición de la propia contingencia, ofreciendo solución a cada uno de ellos, sin desconocer la importancia que tiene la ingente jurisprudencia que se ha venido dictando sobre las enfermedades profesionales. Todo ello, con la vigente extensión de su cobertura por las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social y, sobre todo, bajo el marco que se proyecta por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y del específico Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro, en el que recientemente se ha incorporado el cáncer de laringe como subagente que puede originar la inhalación de polvo de amianto por el Real Decreto 1150/2015, de 18 de diciembre.

Palabras clave: enfermedad profesional; hecho causante; mutua colaboradora de la seguridad social; contingencia determinante; entidad gestora

Abstract: The disease has three ways to set up an occupational disease: the specific occupational disease, working disease and aggravation of pre-existing disease. This

article focuses on the first of these routes, so that it's offering an overview of the institution and, in particular, consider the problems that arise in order to date of its causal event, the liability of the insurance company and the definition of the own risk, offering solution to each one of them without ignoring the importance that has consolidated jurisprudence that has been dictating on occupational diseases. All of this with the existing extension of their coverage by the Mutual Cooperating of the Social Security and, above all, under the framework that is projected by Royal Legislative Decree 8/2015, October 30th, which approves the revised text of the General Social Security Act, and specific Royal Decree 1299/2006, November 10th, which approves the picture of occupational diseases in the Social Security system and establishes criteria for the notification and registration; these Royal Decree has recently added the larynx cancer as a sub-agent that can be caused by inhalation of asbestos through Royal Decree 1150/2015, December 18th.

Keywords: Occupational disease; Causal event; Spanish Mutual Cooperating for Social Security; Risk; Managing Agency

SUMARIO: I. PRECISIONES PREVIAS. II. LA CONTINGENCIA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL. 1. El concepto de enfermedad profesional. 2. La fecha del hecho causante de la enfermedad profesional. 3. La responsabilidad en los supuestos de una prestación derivada de enfermedad profesional. III. CONCLUSIONES.

I. PRECISIONES PREVIAS

1. En el sistema español de Seguridad Social cualquier prestación que se devengue por un beneficiario se corresponderá con una de las siguientes contingencias: accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común (que aparecen recogidas en los artículos 156 a 158 de la Ley General de la Seguridad Social¹); a lo que habría que añadir que el concepto legal del resto de posibilidades (desempleo, alteración de la salud, incapacidad, jubilación, muerte y supervivencia,...) será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas² (artículo 159 de la Ley General de la Seguridad Social³).

Se ha considerado por una importante corriente doctrinal⁴ que tanto el accidente de trabajo, como la enfermedad profesional no son –en un sentido estricto- *contingencias*, sino –en uno estricto- *riesgos*; y, más específicamente, riesgos profesionales –tal y como se ha añadido a la enfermedad descrita en el artículo 157

¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

² Véase BLASCO LAHOZ, F., *Seguridad Social, Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 3ª edición, p. 359.

³ «El concepto legal de las restantes contingencias será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas» -artículo 159 de la Ley General de la Seguridad Social-.

⁴ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, A Coruña, 2005, p. 61.

citado-, puesto que sólo pueden padecerse por los trabajadores, a diferencia de lo que ocurre con los que podríamos englobar con el apelativo de contingencias comunes (esto es, accidente no laboral y enfermedad común), puesto que pueden padecerse por cualquiera, sea o no trabajador. Será la actualización de esos *riesgos* –mal llamados contingencias- lo que sí puede dar lugar, en su caso, a concretas *contingencias* o, más correctamente, a situaciones protegibles; aserto que se ve refrendado a la vista del actual artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social⁵.

Sin embargo, este planteamiento de la contingencia se ha entendido por otro relevante sector científico una visión un poco parcial, porque se centra en el primer momento de la contingencia determinante (el riesgo), dejando sesgado su concepto, al prescindir del segundo (actualización), habida cuenta que en aquélla es relevante distinguir dos momentos: como tal riesgo, que existe sólo como una mera posibilidad de que algo suceda (por ejemplo, la posibilidad de que ocurra un accidente de trabajo que determine una invalidez), y como siniestro, es decir, como actualización de ese riesgo (en el ejemplo, el efectivo accidente de trabajo que ha ocurrido hoy a las 10 de la mañana)⁶. La cuestión es que, en este segundo momento, la contingencia ya actualizada deja de ser un riesgo e interesa en cuanto su actualización ha producido un daño que es resarcible. De hecho, existe normalmente un enlace temporal entre la actualización de la contingencia y el daño que de ella surge. «Pero no debemos confundir ese daño (el exceso de gastos y/o el defecto de ingresos) con la contingencia determinante. El accidente (la causa) no se confunde con la incapacidad permanente o la muerte que ha producido (efectos) y en teoría aquél podría existir sin éstos o incluso es posible que a partir de la misma contingencia determinante vayan manifestándose de forma sucesiva distintos daños, los denominados daños diferidos. Con el daño entramos ya en el segundo concepto: la situación protegida. El daño se traduce en una necesidad pecuniaria que puede responder a un exceso de gastos (asistencia sanitaria, cargas familiares) o a un defecto de ingresos (pérdida de rentas profesionales). No es esencial al concepto de situación protegida que exista una situación real de necesidad en el sentido de que los recursos del beneficiario sean insuficientes para él o su grupo familiar»⁷.

2. Realizadas estas precisiones terminológicas, se impone –entonces- centrarse en la contingencia determinante sobre la que se pretende elaborar este artículo, es decir, de entre todas esas contingencias mencionadas, la enfermedad profesional; que ha sido la que más problemas ha generado en los últimos tiempos, tanto en cuanto a la fecha de su hecho causante, como en cuanto a la entidad responsable de su asunción, dado que a partir del 1 de enero de 2008 las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social⁸

⁵ «En ningún caso serán objeto de protección por el Régimen General los riesgos declarados catastróficos al amparo de su legislación especial» –artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social-.

⁶ Véase DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La acción protectora de la Seguridad Social. Panorama general. Conceptos fundamentales y contingencias protegidas», DESDENTADO BONETE, A. [Coord.], *Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 471

⁷ Véase DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La acción protectora de la Seguridad Social. Panorama general. Conceptos fundamentales y contingencias protegidas», cit., p.471 y 472.

⁸ «Son mutuas colaboradoras con la Seguridad Social las asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de este, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley» -artículo 80.1-.

(artículos 80 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social) han podido asumir su cobertura, pero con el problema de que dichas enfermedades podrían haberse contraído en un momento muy anterior –piénsese, por ejemplo, en una asbestosis o en una silicosis-, permaneciendo latente hasta que muchos años después (se puede hablar de décadas incluso⁹) se manifiesta aquélla. Esto va a suponer un esfuerzo para determinar cuál será la entidad aseguradora que va a asumir la cobertura de las prestaciones que se puedan declarar, sobre la base de que hubiese sido asumida por una Mutua¹⁰.

II. LA CONTINGENCIA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

1. El concepto de enfermedad profesional

3. En nuestro sistema de Seguridad Social, la enfermedad tiene cabida entre las contingencias profesionales por tres caminos diferentes¹¹: uno, la propiamente llamada *enfermedad profesional* (artículo 157 de la Ley General de la Seguridad Social), otro, como *enfermedad del trabajo* [artículo 156.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social¹²], y el último, como *dolencia preexistente* [artículo 156.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social¹³]. Aun cuando podría dar lugar un análisis más profundo, sólo interesa en este punto el primero de los caminos apuntados, que se refleja en la dicción del artículo 157 de la Ley General de la Seguridad Social, que preceptúa:

«Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad».

⁹ Por ejemplo, el *mesotelioma maligno*, que es un tumor maligno del mesotelio (fina membrana que rodea al pulmón y a otros órganos internos), puede afectar a la pleura y al peritoneo en el 80% y 20% de los casos, respectivamente; y suele tener un tiempo de latencia de entre 20 y 40 años. Cfr. DE CASTRO MEJUTO, L. F., «El resarcimiento de la asbestosis a través de la indemnización de daños y perjuicios», *Anuario de la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de A Coruña*, Volumen II, 2011.

¹⁰ Sobre el tema, podría consultarse BARCELÓN COBEDO, S., «Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo en relación con las pensiones derivadas de enfermedad profesional», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2014, consultado a través de la base de datos *Westlaw* (BIB 2014\73).

¹¹ Cfr. DE CASTRO MEJUTO, L. F., «El resarcimiento de la asbestosis a través de la indemnización de daños y perjuicios», cit., p. 63.

¹² «...e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo» -artículo 156.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social-.

¹³ «...f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente» -artículo 156.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social-.

Se puede advertir que la cobertura específica de la enfermedad profesional es posterior a la del accidente de trabajo, del que –en cierta medida- se independiza por razones técnicas, financieras y de tratamiento preventivo, ampliando así la identidad inicial entre accidente de trabajo y enfermedad profesional¹⁴, habida cuenta que «la enfermedad profesional, originada por la suma de microtraumas o microintoxicaciones, es una variedad del accidente, y así se trató inicialmente en nuestra legislación, pero ello no significa que pueda llegarse a una identificación total entre ambas contingencias»¹⁵. Todo lo cual ha tenido desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro¹⁶; en él, se contempla en su Anexo 1, el «Cuadro de enfermedades profesionales (codificación)», divididas en seis grupos (a saber: Grupo 1: Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos; Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos; Grupo 3: Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos; Grupo 4: Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados; Grupo 5: Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados; y Grupo 6: Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos); y, también, un segundo Anexo –el 2-, que prevé la «Lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro».

Esta contingencia profesional se caracteriza así por dos elementos que la diferencian de la enfermedad común y de las enfermedades genéricas del trabajo (accidente de trabajo): frente a la primera, porque la enfermedad profesional trae su causa o es consecuencia del trabajo por cuenta ajena; frente a la segunda, porque la enfermedad profesional sólo se origina por la acción de determinadas materias o elementos que el trabajador maneja en singulares ambientes o medios donde ejecuta el trabajo. La relación de causalidad entre el trabajo y la lesión producida es, por ello, aquí mucho más rígida y estrecha que en el accidente de trabajo, al no poderse producir ésta con ocasión, sino siempre por consecuencia del trabajo realizado¹⁷.

4. Por agotar el tema, siquiera no interese en este artículo científico, los otros dos caminos a través de los cuales la enfermedad tiene cabida entre las enfermedades profesionales –como se ha adelantado- son: por una parte, las llamadas «enfermedades de trabajo», que son a la que se refiere el artículo 156.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de la cual, tiene indicado la jurisprudencia que «el hecho de que una enfermedad con etiología común se revele exteriormente con ocasión del

¹⁴ Véase DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La acción protectora de la Seguridad Social. Panorama general. Conceptos fundamentales y contingencias protegidas», cit., p. 501.

¹⁵ Son palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2000 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1803/1999-, de Sala General.

¹⁶ En el que se ha incorporado el cáncer de laringe como subagente que puede originar la inhalación de polvo de amianto por Real Decreto 1150/2015, de 18 de diciembre, dado que «[d]esde esa fecha [aprobación del texto original en 2006], se han producido importantes avances en las investigaciones y en el progreso en el ámbito científico y en el de la medicina, que han permitido un mejor conocimiento de los mecanismos de aparición de algunas enfermedades profesionales y de su vinculación con el trabajo». Sobre el particular, puede verse PANIZO ROBLES, «Una nueva enfermedad profesional en el sistema de la Seguridad Social (con ocasión del Real Decreto 1150/2015, de 18 de diciembre)», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2015, consultado a través de la base de datos *Westlaw* (BIB 2015\18403).

¹⁷ Son palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de marzo de 2004 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 2004\155703-.

ejercicio de la ocupación laboral no dota a la misma, sin más de la caracterización jurídica de accidente de trabajo»¹⁸, por lo que su acceso a la contingencia profesional exigirá la prueba de la exclusividad en cuanto a la adquisición de la dolencia, algo que se hará muy complicado en caso de patologías que puedan tener un origen común. Y, por otra parte, con respecto al tercero –el contemplado en el artículo 156.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social- las exigencias son mayores, puesto que tal calificación –como contingencia profesional- requiere la existencia de una «lesión constitutiva de accidente», y, aunque desde la histórica Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1903¹⁹, ya se incluye la enfermedad dentro del término «lesión», de todas formas, este concepto implica que la manifestación de la patología haya de producirse en forma súbita para poder asimilarse al accidente; y, además, el supuesto extensivo –el previsto en esta letra f)- no tiene a su favor presunción alguna y la consecuencia legalmente prevista –su tratamiento como accidente de trabajo- requiere la cumplida prueba de que media agravación y de que entre ésta y el accidente existe conexión, que es punto más complicado de acreditar cuando se trata de emplear este tercer camino para lograr la calificación como profesional de la prestación de que se trate.

5. En todo caso, a la vista del marco legal, parece que la enfermedad profesional sólo requeriría su presencia en la lista contemplada en el Anexo 1, para que a la prestación devengada se le atribuya dicha contingencia. La mecánica, empero, es más complicada, porque –*grosso modo*- no es una simple enfermedad del trabajo, sino algo mucho más específico –como ya se advertido-, que exige la concurrencia de tres condiciones relacionadas entre sí. Por lo tanto, la determinación de la contingencia exigirá la concurrencia de tres condiciones²⁰: una primera es que la enfermedad se haya contraído a consecuencia de actividad por cuenta ajena; una segunda, que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinen; y una tercera, que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad. No obstante, la atribución del carácter profesional a la enfermedad parece que se ha hecho *iuris tantum* y, por ello, que quepa la prueba en contrario, a pesar de las dudas que se han planteado sobre el particular²¹.

6. Sería preciso –en todo caso- incidir sobre este último aspecto, y ello supondrá que habrá de resolverse si el sistema de Seguridad Social español, sobre la base del artículo 157 de la Ley General de la Seguridad Social y de su Reglamento de desarrollo, ha construido una presunción al definir las enfermedades profesionales y, consecuentemente, su carácter (*iuris tantum* o *iuris et de iure*), porque esta conclusión será muy relevante para solucionar los supuestos relativos a esta contingencia. De manera resumida, parece que la descripción que en el citado artículo 157 se hace de aquélla, supone una presunción, puesto que acreditado por el interesado la existencia de una enfermedad listada, de la propia actividad y del agente desencadenante, se dispensa

¹⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 1990/4498-.

¹⁹ Una recopilación sobre esta primigenia jurisprudencia puede consultarse en GARCÍA MURCIA, J., *Jurisprudencia sobre responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 851 y ss.

²⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 26 de junio de 2008 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3406/2006-.

²¹ Una explicación mucho más amplia se contiene en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 29 de abril de 2016 –Recurso 2925/2015-, donde se da una cumplida exposición de toda la doctrina sobre las enfermedades profesionales.

de prueba acerca de la condición profesional de la patología sufrida²². La segunda cuestión es si dicha presunción ha de calificarse como *iuris tantum* o *iuris et de iure*, esto es, de si cabe o no prueba en contrario o, en palabras del artículo 385.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²³, de si puede o no demostrarse «[...] tanto [...] la inexistencia del hecho presunto como [...] que no existe [...] el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción» o, por el contrario, la ley lo prohíbe. Por decirlo de manera sucinta, alguna jurisprudencia ha entendido que el citado artículo 157 [y anterior artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994] construye simplemente una presunción *iuris tantum*, ya que hacerlo de otro modo contradiría no sólo la normativa anterior (artículos 1.249 a 1.251 del Código Civil –ya derogados–), sino también la actual (artículos 4.2 del Código Civil y 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De esta forma, aparentemente se ha elaborado una mera presunción de esa clase, que podría desvirtuarse mediante una demostración suficiente que acreditase que el correspondiente agente mórbido no ha estado jamás presente en la vida laboral del beneficiario o que no es susceptible en su caso de causar sus padecimientos (por ejemplo, por no presentar reacciones alérgicas frente al mismo) o, en definitiva, que no desarrolló la actividad reglada ni sufrió alguna de las enfermedades recogidas en el cuadro anexo al Real Decreto. Criterio que podría también mantenerse en sentido contrario, de tal manera que se pudiese incluir algún supuesto cuya profesión –por ejemplo– no estuviese específicamente contemplada, pero similar en cuanto a las tareas u otras circunstancia a una codificada, siquiera se ha mantenido por alguna línea jurisprudencial que no existe enfermedad profesional cuando la profesión no se encuentra dentro de la lista²⁴.

Sin embargo, la cuestión se ha resuelto en los últimos tiempos por el Tribunal Supremo, que en sus Sentencias de 18 de mayo de 2015 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1643/2014– y 5 de noviembre de 2014 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1515/2013–, se inclina por una presunción *iuris et de iure* y ha indicado expresamente que «[s]e ha optado pues, al igual que en la norma derogada, para la determinación de la existencia de una enfermedad profesional, por seguir el sistema o modelo de “lista”, por el que se atribuye la consideración de enfermedad profesional a toda aquella recogida en una lista que acoge además las sustancias y ámbitos profesionales o sectores en que está presente, vinculando todo estos elementos, siguiendo -como dice la exposición de motivos del Real Decreto 1299/2006- la “Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales”», porque «[l]a jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 19 de mayo de 1986, ha venido señalando, que a diferencia del accidente de trabajo respecto del que es necesaria la “prueba del nexo causal lesión-trabajo” para la calificación de laboralidad, “en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas”, poniendo de relieve con ello que el sistema vigente en nuestro ordenamiento conlleva una paladina seguridad jurídica ya que se presumen *iuris et de iure* enfermedades profesionales todas las enfermedades

²² Así se ha entendido desde antiguo, para todas véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 27 de noviembre de 1992 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 1992/5594– y Andalucía\Málaga de 27 de marzo de 1995 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 1995/1028–.

²³ Ley 1/2000, de 7 de enero.

²⁴ Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de julio de 2003 –Recurso de Suplicación núm. 3294/2002–; y de 9 de octubre de 2012 –Recurso de Suplicación núm. 606/2012–.

listadas, antes en el Real Decreto 1995/1978, y ahora en el vigente Real Decreto 1299/2006». Lo que ocurre es que, llevado a todas sus consecuencias el razonamiento, la presunción *iuris et de iure* comportaría que todo lo que está en la lista (con la concurrencia de los tres elementos indicados: agente, dolencia y profesión) sería enfermedad profesional, pero, del mismo modo, cuando falte alguno de ellos, no podría llegar a considerarse como tal; efecto que, sin embargo, no se ha aplicado o no ha habido oportunidad de manifestarse; y resultaría un poco contradictorio que existiendo relación o similitud de las profesiones no se pudiese extender a dichos supuestos.

2. La fecha del hecho causante de la enfermedad profesional²⁵

7. El hecho causante es una noción difícil de aprehender –de «enigmática» la califica DESDENTADO BONETE²⁶– y quizá mucho más difícil de aplicar. Ello se debe a varias razones: por una parte, el propio nombre es engañoso, pues no se trata tanto de un hecho que causa algo como de un hecho causado; y, por otra parte, nos encontramos ante un uso impreciso, poco riguroso, de ese concepto en la legislación de Seguridad Social; de hecho, la propia doctrina jurisprudencial sostiene esa imprecisión²⁷. Como ya he dicho, la significación del hecho causante no está nada clara; en realidad, su sentido literal – «hecho» que «causa»– alude a un acontecimiento que produce algo que, en principio, puede identificarse como la propia situación protegida y, en este sentido, el hecho causante se confundiría con la contingencia determinante (el accidente o la enfermedad que produce una incapacidad o la muerte), pero también podría identificarse con la propia situación protegida, con el origen de ésta o incluso con el momento en que se causa el derecho a la prestación. Sin embargo, si se excluye la identificación del hecho causante con la «prestación causada», que sería la consecuencia a la que podría llegarse de una lectura de la DT Primera.1 de la Ley General de la Seguridad Social, al afirmar que «[l]as prestaciones del Régimen General causadas con anterioridad a 1 de enero de 1967 continuarán rigiéndose por la legislación anterior...»; y también se hace con «contingencia determinante», que sería la conclusión extraíble de la afirmación contemplada en el artículo 99 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974²⁸, puesto que norma «[e]n la extensión y términos que se fijan en esta Ley las contingencias cubiertas por las prestaciones de la asistencia sanitaria serán la enfermedad común o profesional, las lesiones derivadas de accidente, cualquiera que sea su causa, así como el embarazo, el parto y el puerperio»; lo que parece –y no es

²⁵ Sobre este concreto aspecto, puede consultarse DE CASTRO MEJUTO, L. F., «A vueltas con el hecho causante en las enfermedades profesionales. Comentario a una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 17, 2013, pp. 661 y ss.

²⁶ Cfr. DESDENTADO BONETE, A., «Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de la Seguridad Social (I)», *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2002, consultado a través de la base de datos *Westlaw* (BIB 2002\747).

²⁷ Para todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 200/1999–. Esta Sentencia dio lugar a una interesante literatura jurídica, de entre todas, podrían mencionarse SEMPERE NAVARRO, A. V., «Momento de la contingencia en los seguros por incapacidad permanente», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2006; CARRERO DOMÍNGUEZ, C., «La intransferibilidad de la responsabilidad empresarial en los supuestos de sucesión de empresa», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2012; y GÓMEZ GORDILLO, R., «Responsabilidad del INSS en el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2013.

²⁸ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

aventurado hacerlo- equiparar hecho causante –que es la rúbrica del precepto- con la contingencia, en el sentido que se ha hecho referencia anteriormente. Repito, si se excluyen esas dos identificaciones, el camino más seguro es entender como *hecho causante* el inicio de la «situación protegida»²⁹.

Y no es baladí su identificación, habida cuenta de la importancia que entraña el hecho causante y que deriva de que, tal como tiene destacado la jurisprudencia³⁰, «a) Para determinar la norma aplicable -Disposición Transitoria 3ª de la LGSS o Disposición Transitoria 4ª del RD 1799/1985, y numerosa jurisprudencia que apreció la realidad de un hecho causante material distinto del hecho causante formal-, por todas en STS 21-1-1993 (Rec.- 2277/91); b) Para señalar el momento a tener en cuenta para determinar el cumplimiento de los requisitos de acceso a la protección -art. 138.1, segundo LGSS para la invalidez, pero también el art. 130 para la incapacidad temporal, art. 161 para la jubilación...- por todas SSTs 18-5-1992 (Rec.- 2779/91) y 9-11-1999 (Rec.- 4916/98)-; c) Para determinar la cuantía de la prestación -arts. 140 y 162 LGSS, art. 7 Decreto 1646/1972-; d) Para determinar la entidad o persona responsable de la prestación - STS 1-2-2000 (Rec.- 200/99), 21-3-2000 (Rec.- 2445), 10-4-2000 (Rec.- 2355/99) y otras muchas posteriores, en relación con la responsabilidad por reaseguro; o SSTs 18-4-2000 (Rec.- 3112/99) o 20-7-2000 (Rec.- 3142/99), entre otras, en cuanto a la concreción de la entidad responsable de las prestaciones complementarias por accidente de trabajo, o e) Para fijar el día inicial de la prescripción -art. 43 LGSS)-»³¹. En otras palabras, determina los siguientes elementos esenciales: uno, la norma aplicable; dos, el momento a tener en cuenta para el cumplimiento de los requisitos; tres, la cuantía de la prestación; cuatro, el responsable en supuestos de reaseguro y prestaciones complementarias; y, cinco, el día inicial de la prescripción. Pero no así para los efectos económicos, materia que tiene una previsión legal específica y que no relaciona la fecha inicial de la prestación con la fecha del hecho causante, sino con la fecha de finalización formal de la situación de incapacidad temporal, para el caso de incapacidades permanentes precedidas de otras temporales; conclusión que se deriva de la relación entre los artículos 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social [anterior artículo 131.bis de la Ley General de la Seguridad Social de 1994³²], 6 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social³³; y 15 de la Orden de 18 de enero de

²⁹ Para un estudio más profundo, véase DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 1977, pp. 96 y ss.

³⁰ Para todas, véase, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2001 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 452/2001-.

³¹ Ídem.

³² Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³³ «A efectos de lo previsto en el apartado 3 del artículo 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la calificación de la invalidez permanente se entenderá producida en la fecha de la resolución del Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En aquellos supuestos en que, a tenor de lo establecido en el citado apartado 3 del artículo 131 bis, procediera retrotraer los efectos económicos de la prestación de invalidez permanente reconocida, se deducirán, del importe a abonar, las cantidades que se hubieran satisfecho durante el período afectado por dicha retroacción. Las cantidades devengadas por el beneficiario hasta la fecha de resolución no serán objeto de reintegro cuando no se reconozca el derecho a la prestación económica» -artículo 6.3-.

1996, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social³⁴.

8. La equivocidad del término hecho causante permite una hermenéutica abierta, ya que la prestación puede entenderse causada en diversos momentos [bien la fecha de la contingencia –accidente o enfermedad– determinante de la incapacidad permanente, bien la fecha en la que se objetivan las lesiones como permanentes o invalidantes, o bien la fecha de la constatación administrativa de esas lesiones]. Esta equivocidad –no resuelta por el artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996³⁵, ya citada– permite distinguir entre el *concepto formal* del hecho causante, que se identificaría con la data del dictamen de la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades (UMVI) o del actual Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI)³⁶; y su *concepto material*, que sería el momento en que el efecto invalidante de las lesiones quedó objetivado como permanente³⁷, lo que puede llevar hasta la fecha inicial del accidente o de la enfermedad. Y, además, ha permitido un juego flexible a la Jurisprudencia para lograr una solución adecuada y justa en determinados casos, entre los que pueden citarse los dos siguientes: para la determinación del momento en que haya de exigirse el cumplimiento del requisito del alta³⁸; para la determinación del momento a partir del cual ha de comenzar a computarse hacia atrás el período de cotización exigible –en los que ha de aplicarse la doctrina del «paréntesis»–³⁹; y en materia de base reguladora, pues los términos de la regulación son los mismos y también existe identidad de razón, la de evitar imponer al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable, y en virtud de la utilización por parte de la ley de un término equívoco⁴⁰.

Ello supone que el dictamen de Equipo de Valoración de Incapacidades no necesariamente es el hecho causante, «porque lo decisivo es el momento en que las dolencias aparecen fijadas como definitivas e invalidantes»⁴¹. Dicho con otras palabras, si bien en principio y como regla, el hecho causante de la invalidez se identifica con la

³⁴ «1. En aquellos supuestos en que, a tenor de lo establecido en el número 3 del artículo 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [entiéndase, artículo 174.3 de la LGSS 2015], procediera retrotraer los efectos económicos de la prestación de incapacidad permanente reconocida, se deducirán, del importe a abonar, las cantidades que se hubieran satisfecho por razón de la prórroga de los efectos de la situación de incapacidad temporal durante el período afectado por dicha retroacción. 2. Si no se reconoce derecho a prestación económica, el trabajador no vendrá obligado a devolver las cantidades devengadas con posterioridad a la finalización de la incapacidad temporal» -artículo 15.1-.

³⁵ «El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente. En los supuestos en que la incapacidad permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades» -artículo 13.2-.

³⁶ Cfr. artículo 2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, ya citado.

³⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 781/1999–

³⁸ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1992 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 1992/8800–; y de 9 de octubre de 1995 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 1995/7675–.

³⁹ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1993 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 1993/9771–; y de 24 de octubre de 1994 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 1994/8106–.

⁴⁰ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2000 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 2000/8344–.

⁴¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4467/1998–.

emisión del dictamen de los órganos calificadores, este criterio general conoce una excepción, que persiste en la vigente normativa: a saber, que haya constancia clara y contundente, con valor de hecho probado, de que las secuelas incapacitantes quedaron plenamente consolidadas en un momento anterior⁴².

9. Aclarado que ha sido lo anterior, se había mantenido por una inicial doctrina jurisprudencial que, tratándose de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, el hecho causante se fijaba al momento en el que se producía el reconocimiento de esa prestación⁴³, esto es, identificando aquél con el concepto formal de la institución. La fundada argumentación se sostenía sobre la base de los siguientes motivos: «[n]o puede negarse que la enfermedad profesional, originada por la suma de microtraumas o microintoxicaciones, es una variedad del accidente, y así se trató inicialmente en nuestra legislación, pero ello no significa que pueda llegarse a una identificación total entre ambas contingencias [...]

La identificación total pudo predicarse hasta el 7 de marzo del año 1941, fecha que se reguló el Seguro obligatorio en las enfermedades profesionales. Esa inicial regulación diferenciadora, fue seguida por ejemplo, por el Seguro de la Enfermedad profesional de silicosis del 29 de marzo de 1946, y con posterioridad a esa norma, por el Decreto del 13 de abril de 1961, regulador de las enfermedades profesionales, y por la Orden 9 de mayo de 1962 que publica el Reglamento de aplicación. Puede afirmarse que la diferenciación tiene su origen en causas económicas, en razón a la dificultad de asegurar la dolencia profesional, ya que casi todas esas dolencias tienen una evolución lenta e insidiosa que da lugar a manifestaciones tardías de su clínica, lo que motivaba, en aquel momento, en que actuaban como entidades aseguradoras empresas de carácter mercantil, que dichas aseguradoras no aceptaban la cobertura del riesgo y las industrias patógenas se encontrasen en la imposibilidad de suscribir las correspondientes pólizas.

A partir de dicha regulación, que dio lugar a la creación del Fondo de Compensador, hoy INSS, y sus sistema de reparto, el accidente y la dolencia profesional tuvieron un tratamiento administrativo y laboral diferente, y así el legislador ya se preocupó de definir separadamente las dos contingencias, tanto en el Primer Texto Articulado de la Ley General de la Seguridad Social, como en los posteriores, es decir en el Texto Refundido aprobado por el Decreto 2065/74 del 30 de mayo de 1974, y en el actual vigente, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 del 30 de junio.

Esa regulación entraña diferencias esenciales en la acción protectora entre ambas contingencias, y así por ejemplo, para determinar los derechos de los trabajadores afectados, se atiende a criterios diferentes, pues en el accidente laboral se atiende a legislación aplicable por el momento en que ocurre el evento, mientras que en algunas dolencias profesionales, dicha legislación era la vigente en el tiempo en que se producía el reconocimiento médico oficial o en su caso por el diagnóstico oficial de la dolencia

⁴² Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 428/2005–; de 12 de mayo de 2006 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2880/2004–, de 25 de septiembre de 2000 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 2000/8344–.

⁴³ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 1994/6311–; de 13 de octubre de 2003 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 2003/7743; y de 15 de mayo de 2000 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1803/1999–, de Sala General.

en grado invalidante, como señalaba la doctrina jurisprudencial al interpretar el Reglamento de Enfermedades Profesionales (Sentencias entre otras de 8-3-1958; 21 y 27-3-1958; 11-2-1959). Igualmente se puede indicar en esa vía indicativa de diferencias, como en materia de revisión de las incapacidades reconocidas en algunas dolencias profesionales, a diferencia con la revisión en el accidente, sus efectos se iniciaban a partir del día primero del mes siguiente al de la petición de revisión, o como normaba el Reglamento de Prestaciones en sus artículos 22 y siguientes la fecha inicial del devengo de las pensiones, en normas especiales para la enfermedades profesionales, que en el momento actual coinciden con la regulación establecida con carácter general en el artículo 3º de la Orden del 18 de enero de 1996, o como de hecho subsistieron las normas específicas en materia de silicosis, al no desarrollarse el artículo 26 del Decreto 3158/1966 del 23 de diciembre.

Por ello si atendemos a los criterios de interpretación de las normas, establecidos en el artículo 3,1 del Código Civil, a la vista de las definiciones establecidas por el legislador, de esos antecedentes legislativos y del hecho de mantener diferencias, por ejemplo, en la regulación de la seguridad e higiene en el trabajo, con preceptos específicos para el accidente, como el artículo 195 y normas especiales en el artículo 196 de la Ley General de la Seguridad Social, orden a los reconocimientos médicos en las enfermedades profesionales y en la imputación de responsabilidades por los posibles incumplimientos de esas normas fácilmente se llega a la conclusión de que en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social el legislador distingue y no identifica ambas contingencias»⁴⁴.

Esa línea diferenciadora, empero, fue abandonada y ello se explica, por una parte, porque en los supuestos de accidente de trabajo el hecho causante ha de establecerse en el momento de producción del accidente y existe –como ya se advertido– una relación íntima entre las dos contingencias profesionales (accidente y enfermedad)⁴⁵; y, por otra parte, porque este criterio también debe predicarse ahora con respecto a la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, enmendando aquella inicial doctrina jurisprudencial⁴⁶, ya que –se dice⁴⁷– el «planteamiento doctrinal referido al AT es igualmente aplicable -hay plena identidad de razón- a los supuestos de EP, pudiendo hacerse también la trascendente distinción -en relación a una actividad de evolución tan insidiosa como la silicosis- entre el riesgo asegurado [únicamente existente mientras se realiza una actividad con riesgo pulvígeno] y su actualización [con

⁴⁴ Son palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2000 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1803/1999–, de Sala General.

⁴⁵ Véanse –con otros muchos precedentes– las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3998/2006–; de 26 de febrero de 2008 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2341/2006–; de 25 de junio de 2008 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1545/2007–; de 19 de enero de 2009 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1172/2008–; de 16 de junio de 2009 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1134/2008–; de 23 de septiembre de 2009 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2657/2008–; de 14 de abril de 2010 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 813/2009–.

⁴⁶ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2009 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1172/2008–; de 23 de septiembre de 2009 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2657/2008–; de 14 de abril de 2010 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1813/2009–; y de 15 de enero de 2013 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1152/2012–.

⁴⁷ Son palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1152/2012–.

la declaración de IP], en términos que incluso se derivan de la propia Resolución de 27/Mayo/2009 [Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social] que el recurso argumenta, aunque con alcance pretendidamente diverso. Lo que comporta que la responsabilidad haya de atribuirse a la entidad –el INSS– que por prescripción legal tenía asegurada –en exclusividad– la responsabilidad correspondiente a las prestaciones de IP en el periodo en el que se generó la EP [...]; y no a la Mutua, que se limitaba a cubrir la contingencia profesional de IT y que sólo pudo asegurar las prestaciones de IP tras la Ley 51/2007, que no contiene mandato alguno de retroactividad y en cuya interpretación siempre ha de partirse de la razonabilidad que siempre es presumible en los mandatos del legislador». En otras palabras, en los supuestos de enfermedad profesional, se aplican idénticos parámetros que los que se han fijado para el accidente de trabajo, en cuanto a la fijación del hecho causante, de tal forma que no puede establecerse en el momento del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, sino en aquél el que se contrajo la enfermedad, porque se estaba sometido al riesgo correspondiente.

3. La responsabilidad en los supuestos de una prestación derivada de enfermedad profesional

10. La Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, introdujo cambios importantes en relación con la responsabilidad prestacional de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social (antes denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales) respecto de las pensiones a abonar a los beneficiarios como consecuencia de la contingencia de enfermedad profesional; en particular, se modificaron los artículos 68.3.a), 87.3 y 201 de la Ley General de Seguridad Social de 1994, eliminándose la diferencia existente entre las contingencias profesionales, causadas por accidente de trabajo o por enfermedad profesional, en cuanto a su cobertura. Hasta el 1 de enero de 2008, si esas pensiones estaban generadas por un accidente de trabajo, la Mutua a la que estaba asociado el empleador era la responsable directa de todas las prestaciones causadas por dicho accidente, pero no con respecto a las derivadas de una enfermedad profesional, porque –en este caso– su cobertura –y responsabilidad– seguía siendo del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Una situación, calificada por algunos⁴⁸ como de peculiar, aunque lo justifican en razones vinculadas a la historia institucional de la Seguridad Social y a motivos de índole financiera; y esa peculiaridad –continúan– destaca sobremanera si se tiene en cuenta que, conforme al amplio concepto de accidente de trabajo incluido en el antiguo artículo 115 de la Ley General de Seguridad Social de 1994 [actual artículo 155], se incluye también las denominadas «enfermedades del trabajo». Esto significa, que hasta esa data (1 de enero de 2008) las Mutuas respondían de todas las contingencias de accidente de trabajo, incluso las enfermedades de trabajo, pero no de las enfermedades profesionales *stricto sensu*, cuya cobertura –en exclusiva– se asume por la Entidad Gestora.

La Disposición Final Octava de la Ley de Presupuestos del Estado de 2008 eliminó dicha diferencia, de tal forma que, a partir de su entrada en vigor, no habrá distinguos en cuanto a la cobertura de las contingencias profesionales, por lo que la enfermedad profesional, cualquiera que sea el camino –de los tres que se han indicado–

⁴⁸ Véase BARCELÓN COBEDO, S., «Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo en relación con las pensiones derivadas de enfermedad profesional», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2014, cit.

por el que se actualice el riesgo, sea agravación, sea enfermedad de trabajo, sea enfermedad profesional listada, será cubierta por la Mutua con la que se haya asegurado el empleador. Y así se expresó en los tres preceptos citados anteriormente –que fueron reformados por la Ley de Presupuestos-, y que en la vigente Ley de la Seguridad Social han tenido continuidad, habida cuenta que tanto el artículo 80.2.a) se refiere a su asunción de la «[l]a gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora»; el artículo 110.3, a «[e]n materia de pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuya responsabilidad corresponda asumir a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, a las empresas declaradas responsables, se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones, debiendo las entidades señaladas constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el límite de su respectiva responsabilidad, los capitales coste correspondientes»; y en el artículo 260.1, a que «[l]as mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y, en su caso, las empresas responsables constituirán en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el límite de su respectiva responsabilidad, el valor actual del capital coste de las pensiones que, con arreglo a esta ley, se causen por incapacidad permanente o muerte debidas a accidente de trabajo o enfermedad profesional. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social aprobará las tablas de mortalidad y la tasa de interés aplicables para la determinación de los valores aludidos». En definitiva, a partir del 1 de enero de 2008, las Mutuas deben asumir la responsabilidad de las prestaciones a su cargo, siendo indiferente la clase de contingencia profesional que las haya ocasionado. O dicho con otras palabras, se articula su responsabilidad derivada de la enfermedad profesional con la misma técnica de capitalización o de cálculo del capital coste a valor actual que de forma tradicional ha venido estando prevista en relación a los accidentes de trabajo⁴⁹; que ha provocado numerosos pleitos entre las Mutuas y las Entidades Gestoras, dado que, según se calificase la contingencia profesional como una u otro, nacía la responsabilidad de las primeras o de las segundas, además del problema del plazo de prescripción para el resarcimiento de los mismos⁵⁰.

11. Hasta aquí no hay ningún problema en cuanto a la figura y su régimen jurídico de cara al futuro, lo que ocurre es que el cambio a partir de una fecha no está coordinado con una contingencia, que se caracteriza por una serie de rasgos –que ya he puesto de manifiesto- que hace muy complicado conocer cuál es el momento al que hay que referir la responsabilidad asumida, puesto que dichas enfermedades profesionales se han ido causando a través de microtraumas o microintoxicaciones que han devenido en la manifestación incapacitante. En cierta medida ya se ha avanzado la solución, habida cuenta que tiene que ver con el hecho causante, siquiera la solución no parece que sea pacífica, dado que aquí confluye otro elemento: el inicio de la dolencia incapacitante. La enfermedad –qué duda cabe- es una contingencia que se manifiesta de manera progresiva, y en estas circunstancias es muy complicado llegar a descubrir el momento exacto de su comienzo, aparte de que tampoco tiene una evolución lineal –o no suele

⁴⁹ Sobre el particular, DE SOTO RIOJA, S., «Determinación de la entidad responsable del pago de las pensiones causadas por enfermedad profesional: un problema irresuelto pese a las reformas normativas y a su interpretación judicial», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2013, consultado a través de la base de datos *Westlaw* (BIB 2013\1765).

⁵⁰ Con mayor extensión, véase «Artículo 201», ALARCÓN CARACUEL, M. R. [Dir.], *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 1245 y ss.

tenerla-, de tal forma que se manifiesta de manera oscilante a lo largo del tiempo, con empeoramientos y mejorías, reagudizaciones, periodos de estabilización, incluso de recuperación, etc. Ello –además- es especialmente complicado en aquellas patologías en las que la enfermedad permanece latente mucho tiempo, incluso décadas –como en el caso de la asbestosis-, habiendo atravesado –en algunas ocasiones- otras situaciones protegidas por parte de la Seguridad Social a lo largo de su carrera de seguro (desempleo, incapacidad por otras dolencias, jubilación,...), porque no bastaría con entender producido el hecho causante en el momento en el que se consolidó la dolencia, dado que –en estas enfermedades profesionales larvadas- esa estabilización/objetivización se produce en fechas relativamente recientes a la solicitud (bien por su diagnóstico, bien por un acontecimiento que determina su descubrimiento); y –entonces- la responsable sería la Mutua que asumió a partir de enero de 2008 la contingencia, cuando podría ocurrir que el beneficiario ya estaba jubilado o durante el periodo en el que la colaboradora ha cubierto el riesgo no ha estado en contacto con el producto tóxico o no ha desarrollado la actividad prevista. Otra cosa, naturalmente, sería el supuesto de que el beneficiario siguiese expuesto al riesgo –antes y después del 2008-, por ejemplo, en una cantera en la que hubiese polvo de sílice en suspensión, porque –en este caso- sería muy difícil articular una argumentación sólida para excluir la responsabilidad de la Mutua o, al menos, una distribución de responsabilidades con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en función del número de años en los que ha estado sometido a la exposición.

En todo caso, el supuesto resuelto por la jurisprudencia más reciente⁵¹ concierne a los casos de enfermedades profesionales de muy largo desarrollo (latencia) en los que el actor ya no tiene contacto con el agente tóxico –y no lo ha tenido desde la entrada en vigor de la Disposición Final Octava-, en ellos se puede fijar el inicio de la enfermedad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 51/2007, que habilitó la asunción de las Mutuas de la contingencia de enfermedad profesional, por lo que se considera evidente que la responsabilidad derivada de la prestación no será asumida por la Mutua, sino por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, al acudir a un concepto material y no formal del hecho causante. En palabras del TS, *«Con la nueva redacción está claro que a partir de la vigencia de la norma -01/01/08- la colaboración en la gestión que corresponde a las Mutuas se extiende las contingencias profesionales, de cuyas prestaciones son responsables. Pero la cuestión que en las presentes actuaciones se suscita... es si esa responsabilidad también le es exigible respecto de declaraciones de IP por EP declaradas con posterioridad a aquella fecha, pero cuya génesis se corresponde con periodos en los que el aseguramiento de la contingencia de IP por EP correspondía en exclusiva al INSS.*

El paso siguiente [...] es abordarlo desde la perspectiva que proporciona la propia doctrina de la Sala elaborada a propósito de la determinación de la entidad

⁵¹ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo 2015 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 540/2014-; de 12 de febrero de 2014 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 898/2013-; de 6 de marzo de 2014 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 126/2013-; de 4 de marzo de 2014 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 151/2013-; de 25 de noviembre 2013 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2878/2012-; de 18 de noviembre de 2013 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3084/2013-; y la primera dictada, de 18 de enero de 2013 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1152/2012-. Sobre esta última, puede leerse MORENO PUEYO, M., «Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014.

aseguradora responsable en los supuestos de accidente de trabajo y que resulta también aplicable en los casos de enfermedad profesional. Se trata de la doctrina que se inicia con la STS 01/02/00 (recurso 200/99), dictada por el Pleno de la Sala, y que ha sido reproducida después en muchas otras STS, como la de 19/01/09 –recurso 1172/08- y 14/04/10 –recurso 1813/09- también del Pleno de la Sala [...] la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en la fecha del accidente, porque la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro.

Para llevar a cabo esa aplicación a los supuestos de enfermedad profesional la doctrina unificada distingue también, teniendo en cuenta la posible evolución larvada o latente de determinadas enfermedades, entre el riesgo asegurado –únicamente existente mientras se realiza una actividad con riesgo- y su actualización que se lleva a cabo en el momento de la declaración de incapacidad, o, en este caso, de lesiones permanentes no invalidantes [...]

La reforma establecida por la disposición final 8ª Ley 51/2007 en los arts. 68, 87, 200 y 201 de la LGSS en orden a la posible asunción por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo de la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional solo entró en vigor el 1 de enero de 2008, por lo que no puede determinar la responsabilidad de una Mutua respecto a un periodo [*muy alejado –décadas*], en el que necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional, pero ello no porque ... en el momento del hecho causante hayan transcurrido varios años desde la extinción del contrato de trabajo, sino porque en ese periodo de exposición al riesgo la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte tenía que establecerse en exclusiva con el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962), integrado en el INSS (disposición final 1ª y disposición transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 36/1978), limitándose las Mutuas a la colaboración en las prestaciones de incapacidad temporal y periodo de observación por estas contingencias de conformidad con el art. 68.3. b) de la LGSS».

Y, se añade como argumento final que la «resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad de 27 de mayo de 2009, dictada por un órgano que carece de potestad reglamentaria y sin habilitación ninguna por parte de la Ley 51/2007, no tiene rango suficiente para regular la atribución de responsabilidades en materia de prestaciones de la Seguridad Social, ni para establecer la retroactividad de las disposiciones de la mencionada Ley. De acuerdo con esta doctrina, es irrelevante que el hecho causante de la prestación –la muerte- se haya producido en 2010, porque lo decisivo es que cuando el riesgo de enfermedad profesional existía –de 1975 a 1993- la cobertura de ese riesgo lo asumió en exclusiva para la incapacidad permanente el Fondo Compensador, sin que se haya producido en ese periodo un problema de concurrencia de entidades encargadas de la cobertura que haya que resolver».

12. Un último aspecto que me gustaría tratar aquí, al ser consecuencia de lo hasta ahora expuesto y siquiera sea de manera sucinta, es que las Mutuas tienen un plazo de 30 días para impugnar la imputación de responsabilidad con respecto a las enfermedades profesionales, porque, de dejar transcurrir dicho plazo, habrá prescrito la

posibilidad de hacerlo, al devenir firme la resolución⁵², no siéndolo aplicable la doctrina relativa a los beneficiarios. Es cierto que se ha mantenido que el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días que establece el artículo 71 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad⁵³. Sin embargo, ello sólo es predicable de los beneficiarios, con respecto al reconocimiento de un derecho, pero no a las Mutuas patronales, quienes si dejan que la atribución de responsabilidad por las prestaciones derivadas de contingencia de enfermedad profesional haya adquirido firmeza, no pueden luego, por mor de una nueva línea jurisprudencial, pretender una revisión de dicho acto administrativo, al resultar diferente su posición en relación a los beneficiarios. El motivo es que –razona la jurisprudencia- «una cuidada lectura del referido art. 71 LRJS nos induce a pensar que la excepción va exclusivamente referida al “reconocimiento” de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que la misma –la excepción- tiene por destinatario implícito al “beneficiario”, no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan –apartado 3- como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [“materia de prestaciones”; “alta médica”; “solicitud inicial del interesado”; “reconocimiento inicial”; “modificación de un acto o derecho”; y –sobre todo- “en tanto no haya prescrito el derecho”], resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS, casi tres años después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la “prestación”, sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia»⁵⁴.

III. CONCLUSIONES

⁵² Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2648/2014- y de 15 de junio de 2015 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2766/2014-, seguidas por otras muchas, como las de 20 de octubre de 2015 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3927/2014-; de 15 de diciembre de 2015 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 291/2015-; de 16 de diciembre de 2015 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 441/2015-; de 2 de marzo de 2016 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2029/2015-; de 7 de abril de 2016 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 27/2015-; y de 9 de mayo de 2016 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. -.

⁵³ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1996 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3893/1995-; de 21 de mayo de 1997 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3614/1996-; de 3 de marzo de 1999 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1130/1998-; de 25 de septiembre de 2003 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1445/2002-; y de 15 de octubre de 2003 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2919/2002-.

⁵⁴ Son palabras de la Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 –Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2648/2014-, dictada en Sala General.

13. Una de las contingencias profesionales es la enfermedad profesional (artículo 157 de la Ley General de la Seguridad Social), que es una de las tres vías a través de las cuales se introduce la enfermedad entre aquéllas (a saber, enfermedad profesional, enfermedad del trabajo y enfermedad preexistente agravada). La contingencia se caracteriza por la presencia de tres elementos, derivados de su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, de 10 de noviembre, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro) y que se pueden concretar en su causa en el trabajo por cuenta ajena, se produzca en las profesiones previstas y, finalmente, por los agentes también previstos. No obstante y sin perjuicio de que los rasgos propios de la enfermedad profesional la diferencien tanto de la común, como del accidente del trabajo, en la actualidad se está produciendo una aproximación a este último a través de distintos aspectos.

Uno primero podría ser el hecho causante de la contingencia, que se sitúa en el tiempo en que se sufrieron los multitraumas o microintoxicaciones y se objetivó la dolencia, lo que parece similar al accidente de trabajo, en cuanto a que en éste el hecho causante se fija en el momento del siniestro. Y otro segundo, más novedoso, pero no menos lógico, que la responsabilidad por las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales no se atribuyen por la fecha de declaración de éstas, sino que se retrotraen al momento en el que el beneficiario estuvo sometido a aquellos riesgos, de tal forma que no necesariamente –y en el tiempo actual, habiendo transcurrido tan poco tiempo desde la entrada en vigor de la Ley 51/2007- se atribuye a la Mutua Colaboradora de la Seguridad Social que cubre todas las contingencias profesionales ahora, sino que habrá que hacerlo a la Entidad Gestora, que era la exclusiva aseguradora de dicho riesgo antes de esa fecha. En todo caso, la Mutua tiene un año desde la atribución de la responsabilidad para discutirla, porque –en caso contrario- habrá prescrito su derecho y, por lo tanto, no podrá pretender eximirse.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R. [Dir.], *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

BARCELÓN COBEDO, S., «Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo en relación con las pensiones derivadas de enfermedad profesional», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2014.

BLASCO LAHOZ, F., *Seguridad Social, Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 3ª edición.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C., «La intransferibilidad de la responsabilidad empresarial en los supuestos de sucesión de empresa», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2012.

DE CASTRO MEJUTO, L. F., «El resarcimiento de la asbestosis a través de la indemnización de daños y perjuicios», *Anuario de la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de A Coruña*, Volumen II, 2011.

DE CASTRO MEJUTO, L. F., «A vueltas con el hecho causante en las enfermedades profesionales. Comentario a una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 17, 2013.

DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 1977.

DE SOTO RIOJA, S., «Determinación de la entidad responsable del pago de las pensiones causadas por enfermedad profesional: un problema irresuelto pese a las reformas normativas y a su interpretación judicial», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2013.

DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La acción protectora de la Seguridad Social. Panorama general. Conceptos fundamentales y contingencias protegidas», DESDENTADO BONETE, A. [Coord.], *Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

DESDENTADO BONETE, A., «Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de la Seguridad Social (I)», *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2002.

GARCÍA MURCIA, J., *Jurisprudencia sobre responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

GÓMEZ GORDILLO, R., «Responsabilidad del INSS en el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2013.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, A Coruña, 2005.

MORENO PUEYO, M., «Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014.

PANIZO ROBLES, «Una nueva enfermedad profesional en el sistema de la Seguridad Social (con ocasión del Real Decreto 1150/2015, de 18 de diciembre)», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2015.

SEMPERE NAVARRO, A. V., «Momento de la contingencia en los seguros por incapacidad permanente», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2006.